

functie verkoopmedewerker kan bereiken. Naar de kantonrechter begrijpt is de werkneemster ook doende die modules en taallessen te doorlopen.

31. Dit betekent dat dit deel van de vordering van de werkneemster moet worden afgewezen.

Vakantie-uren

32. Dit punt lijkt bij de mondelinge behandeling van de vordering van de werkneemster in zoverre te zijn opgelost, dat Hema het systeem van opbouw – dat inderdaad wat ingewikkeld voorkomt – uit de doeken heeft gedaan. Daarna leek er bij de werkneemster geen onduidelijkheid meer te bestaan. De kantonrechter gaat ervan uit dat de vordering van de werkneemster inmiddels is komen te vervallen.

33. Bij deze uitkomst van de procedure worden de proceskosten gecompenseerd, in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt.

Beslissing

De kantonrechter:

verklaart voor recht dat de omvang van het dienstverband tussen partijen met ingang van 1 mei 2013 (gemiddeld) 17 uur per week bedraagt; veroordeelt Hema tot betaling aan de werkneemster van het te weinig betaalde salaris over de maanden mei en juni 2013, het vakantiegeld, de vakantiedagen en overige emolumenten daaronder begrepen;

compenseert de proceskosten tussen partijen in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt;

wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Art. 7:610b BW heeft tot doel dat een werknemer een bepaalde minimumomvang aan arbeidsuren van zijn werkgever kan opeisen. Het betreft echter slechts een uitgangspunt en de werkgever heeft de mogelijkheid het vermoeden te weerleggen. De bewijslast rust derhalve op de werkgever. Van belang in dit verband is Ktr. Zwolle (Ktr. Zwolle 4 oktober 2005, «JAR» 2005/244). Deze kantonrechter overwoog dat art. 7:610b BW beoogt houvast te bieden in (onder meer) situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur. In het geval dat partijen duidelijke

afspraken over de omvang van de arbeidsduur hebben gemaakt zal een beroep op art. 7:610b BW niet slagen (Gerechtshof Arnhem 20 januari 2009, LJN: BH4236). Indien de werknemer, ondanks de duidelijke afspraken, meer uren heeft gemaakt dan hetgeen (duidelijk) is afgesproken en de werkgever niet kan weerleggen dat deze afwijkingen niet structureel zijn zal een beroep op art. 7:610b BW moeten worden gehonoreerd. Nu de rechtsvermoedens van de art. 7:610a en 7:610b BW van dwingend recht zijn kan hier niet bij cao van worden afgeweken (Hof Leeuwarden 28 mei 2008, «JAR» 2008/293). Cao's kunnen echter wel regelingen bevatten ter zake overuren en meeruren, welke regelingen kunnen worden gebruikt ter weerlegging van het rechtsvermoeden (*Arbeidsrecht Tekst & Commentaar*, Kluwer, Deventer 2012, 7e druk, p. 14).

In lijn daarmee is onderhavige uitspraak. De kantonrechter zet de bestendige lijn in de jurisprudentie gemotiveerd uiteen. Centraal stond de vraag of de werkneemster met een beroep op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW recht had op een grotere arbeidsomvang per week dan partijen contractueel waren overeengekomen. Werkneemster is bij Hema in dienst getreden, laatstelijk op basis van een arbeids-overeenkomst voor onbepaalde tijd. Door incorporatie is de Collectieve Arbeidsovereenkomst HEMA ('CAO') op het dienstverband van toepassing. De CAO bevat een systematiek ten aanzien van de werktijden; het zogenaamde arbeidscontractenstelsel. Kort gezegd komt het er op neer dat wordt uitgegaan van een jaarurenmodel, waarbij de inzet van uren over het contractjaar verdeeld wordt. Werknemers kunnen flexibel worden ingezet. Hier staat tegenover dat, indien blijkt dat het aantal gerealiseerde uren meer bedraagt dan de overeengekomen contracturen, het contract, indien de werknemer dit wenst, naar boven kan worden aangepast, rekening houdend met een bandbreedte van 20%. De referentieperiode loopt van 1 oktober tot en met 30 september van het daarop volgend kalenderjaar en bedraagt derhalve een jaar. Werkneemster heeft structureel meer uren gewerkt en in lijn daarmee zijn haar contracturen (naar boven) aangepast. Met een beroep op artikel 7:610b BW stelt werkneemster dat zij echter nog steeds meer uren werkt dan contractueel overeengekomen (ook na de verhoging).

De kantonrechter overweegt dat het systeem in de CAO van een minimum aantal vaste (contract)uren en een daaraan verbonden bandbreedte van extra uren kan worden gekwalificeerd als een min/max-contract en dat dit niet in strijd is met het bepaalde van art. 7:610 BW. Door een minimum en een maximum aan arbeidsduur overeen te komen wordt gebruik gemaakt van de flexibiliteit, die de wet de werkgever biedt. De kantonrechter heeft hierbij rekening gehouden met het feit dat de minimale en maximale omvang van de arbeid eenduidig zijn overeengekomen. Verder heeft de kantonrechter van belang geacht dat de medewerkers na afloop van het contractjaar of tussentijds op grond van de CAO om ophoging van de contracturen kunnen vragen. Hetgeen de werknemer ook ingevolge art. 7:610b BW had kunnen vragen. De kantonrechter gaat echter ten onrechte voorbij aan het verweer van Hema dat binnen het overeengekomen contractenstelsel geen beroep zou toekomen aan de werknemer op grond van art. 7:610b BW, daar er – aldus Hema – geen onduidelijkheid bestond over de arbeidsomvang. Dit verweer lijkt mij terecht nu de arbeidsomvang en een mogelijke verhoging daarvan contractueel was ingekaderd en derhalve duidelijk. De contractueel gemaakte afspraken staan overigens niet in de weg aan een eventueel later beroep op grond van de CAO op een verhoging van de contractueel overeengekomen uren. Zie ook Ktr. Amersfoort 18 november 2009, LJN: BK3094 die oordeelde dat art. 7:610b BW niet bedoeld is om overwerk bij een fulltime dienstverband tot bedongen arbeid te maken. Ten aanzien van de in de CAO overeengekomen referentieperiode van in beginsel een jaar overweegt de kantonrechter dat daarmee het rechtsvermoeden qua termijn is weerlegd en dat deze regeling niet (per definitie) in strijd is met het bepaalde in art. 7:610b BW. De toevoeging “per definitie” wordt door de kantonrechter helaas niet nader uitgelegd. Het is niet in strijd met art. 7:610b BW om, in het kader van de weerlegging van het rechtsvermoeden, een langere referentieperiode dan drie maanden overeen te komen. Zo overwoog Kantonrechter Maastricht in de uitspraak van 22 maart 2006 («JAR» 2006/111) dat eiser onjuiste conclusies trok uit de door hem geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, nr. 33, p. 3). Die passage noemt een langere

termijn dan drie maanden in verband met de weerlegging van het rechtsvermoeden en niet voor wat betreft de lengte van die periode (zie anders: Hof Amsterdam 26 juli 2007, «JAR» 2007/243 en Ktr. Arnhem 7 september 2007, LJN: BB3232). In de eerder genoemde uitspraak van Hof Leeuwarden van 28 mei 2008 oordeelde het Hof dat de overeengekomen referentieperiode van 13 weken in de Cao Taxivervoer niet in strijd was met de inhoud van art. 7:610b BW, nu de cao de werkgever toestond aan te tonen dat een periode van 13 weken tot een onredelijke uitkomst leidt.

Uit de parlementaire geschiedenis wordt duidelijk dat de ratio achter art. 7:610b BW is de werknemer zekerheid te bieden waar deze nodig is. De letterlijke tekst lijkt daarmee anders dan de ratio van art. 7:610b BW. In de situatie dat een regeling voldoende bepaalbaar is en in de cao-tekst is opgenomen dat de arbeidsuren in het voordeel van de werknemer wijzigen als gedurende een bepaalde periode meer uren dan afgesproken wordt gewerkt, kan geen beroep worden gedaan op art. 7:610b BW. Dit artikel is enkel aan de orde als onduidelijk is wat is overeengekomen of als onduidelijk is of van een nieuwe structurele situatie qua arbeidsomvang kan worden gesproken. Als partijen het zelf hebben ingekaderd komt men derhalve niet toe art. 7:610b BW. Een heldere cao-tekst schakelt de werking van het rechtsvermoeden van art. 7:610 BW uit (zie prof. mr. C.J. Loonstra en mr. E.S. de Jong, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2013, p. 258).

E.S. de Jong